Acten und dem Rechte gemäß sey, an die Stelle setzen müsse [68]).

(Fortsetzung folgt.)

68) „Quod contra id affertur argumentum, reum jure primae instantiae privari, nullius mihi videtur esse momenti, cum in prima instantia causae cognitio facta sit, et appellationis effectu devolutivo id efficiatur, ut de omni connexo causae momento in judicio superiori sit cognoscendum.“ Lauk l. c. pag. 39.

IX.

Ueber die Frage:

Wer hat bei Obligationen die Gefahr zu tragen?

(Schluß des Aufsatzes Nro. VI. im vorigen Hefte.)

Von C. G. Wächter.

V.

Die Grundsätze über Periculum bei zweiseitigen auf Sachleistung gerichteten Obligationen bilden, wie schon im Eingange dieser Abhandlung [1]) bemerkt wurde, den Punkt, der in der vorliegenden Materie am meisten bestritten ist.

1) Beim Abdrucke des ersten Theils der Abhandlung haben sich sehr viele Druckfehler eingeschlichen. Die meisten wird der Leser selbst zu berichtigen wissen, besonders die bei den abgedruckten Quellenstellen. Ich bemerke hier nur folgende sinnentstellende: S. 29 Z. 15 ist „wenn“ zu streichen; und Z. 17 nach „in der Regel“ beizufügen „aber“. S. 100 Z. 5 von unten l. ad gustum. S. 101 in der Note Z. 2 l. *fere* p. fert. S. 103 Z. 10. l. Ersatz st. Erfolg. S. 104 Z. 3. l. nach „Verzuge“ war. S. 108 Z. 3 v. u. möchte

Für die Regel werden uns auch hier die beiden Principien leiten müssen, welche von unsern Quellen ganz allgemein über das Periculum aufgestellt werden, und nach welchen sie, wie gezeigt wurde, die Frage über das Periculum bei einseitigen, auf Sachleistung gerichteten Obligationen entscheiden, die Principien: Impossibilium nulla obligatio, und casus a nemine praestantur. Es sind dieß zwei Grundsätze, welche ganz in der Natur der Verhältnisse begründet sind, und so läßt sich erwarten, daß die Römische Doctrin sie eben so auf zweiseitige, wie auf einseitige, Obligationen anwendete. Das dagegen wäre auffallend, wenn die Römischen Juristen diese Grundsätze, welche sie als ganz allgemein gültige aussprechen, auf zweiseitige Obligationen nicht angewendet hätten. Denn in der Natur einer zweiseitigen Obligation im Allgemeinen, blos in dem Umstande, daß die Obligation eine zweiseitige ist, wird sich kein Grund der Unanwendbarkeit jener Principien auffinden lassen. Wenden wir diese Principien auf das Einzelne an, so ergibt sich folgende Regel: Wenn Jemand für eine Gegenleistung eine Sache zu leisten verbunden ist, die zu leistende Sache wird aber durch Zufall verschlechtert oder vernichtet: so leistet er respective blos die verschlechterte Sache oder gar nichts (impossibilium nulla obligatio), und ist dem Gegner deßhalb einen Ersatz zu geben nicht verbunden (casus a nemine praestantur). Der Gegner aber muß seine Gegenleistung dennoch ungeschmälert zahlen. Denn auf ihn leiden ja die angeführten beiden Grundsätze

statt müßte. S. 109 Z. 8 v. u. l. nun st. nur. S. 112 Z. 4. v. u. l. Verlieren st. Verliehene. S. 113 Z. 5 v. u. l. Käufer statt Verkäufer. S. 114 Z. 10. l. Haupttitel st. Hauptartikel. S. 115 Z. 12 l. von st. non. S. 117 Z. 7 unserer. S. 118. letzte Z. l. mir st. nie. S. 125 Z. 9 ist nach putabat enim zu lesen: se teneri in certo sacco frumenti. S. 133 Z. 20 l. der Zufall aber macht ihm dies unmöglich. S. 135 Z. 5 u. l. der st. die. Z. 8. v. u. l. dergestalt st. doppelt. Z. 2. v. n. l. remancipiren st. emancipiren.

keine Anwendung. Er kann noch leisten, für seine Verbindlichkeit ist kein impossibile eingetreten; er muß also leisten, obwohl er nichts bekommt.

Dieses Resultat sprechen unsere Gesetze bei einem der wichtigsten zweiseitigen Verträge, dem Kaufvertrage, ausdrücklich aus. Sie erklären an vielen Stellen: so bald der Kauf fest abgeschlossen und das Object gehörig genau bestimmt sey, trage der Käufer das Periculum (nach dem Römischen Sprachgebrauche s. oben Nro. I.), d. h. das Kaufsobject steht nun so auf seine Gefahr, daß, wenn auch dasselbe durch Zufall ganz oder theilweise vernichtet oder verschlechtert wird, er dennoch seine Gegenleistung ungemindert zahlen muß [2].

Daß dieses die Gesetze über Periculum beim Kaufvertrage bestimmen, läßt sich bei der hier so klar sprechenden Quelle nicht läugnen, und wird daher auch allgemein zugegeben [3]),

2) Vergl. oben Not. 31 — 34.

3) Häufig wird von Aelteren und Neueren Cujacius als Dissentient angeführt. Allerdings vertheidigt Cujacius eine entgegengesetzte Ansicht an einigen Stellen seiner Werke (ausführlich in seinem Tractat. ad African. Lib. VIII. ad l. 33. D. Locati, und beiläufig in seinen Obs. XXIII. 29.) wegen l. 33. D. Loc. und l. 12 — 14. D. de peric. rei vend. und diese Ansicht nahmen manche Aelteren auf seine Auctorität hin an. Allein es wird hiebei nicht beachtet, daß Cujacius seine Ansicht allmählig ganz änderte. So gibt er in s. recitat. in lib. IV. prior. Cod. ad lib. IV. tit. 48. (Opp. ed. Neap. 1758. T. X. p. 1010 seqq.) zu: si *summo jure agamus*, *quo utimur*, etiam hodie nihil interest, periculum contigerit post traditionem, an ante: nam *etsi ante contigerit*, *emtor pretii damnum facit*, i. e. pretium cogitur solvere; aut solutum non potest repetere; und nur mit einem sed tamen *aequius* est etc. vertheidigt er hier noch die entgegengesetzte Ansicht, ohne sich aber, wie es scheint, ganz consequent zu bleiben. Ebenso gibt er in s. comment. in lib. XV. Dig. Juliani ad l. 5. D. de resc. vend. die Richtigkeit der gewöhnlichen Ansicht ganz zu, und setzt nur bei, „quod tamen aequitas dissuadet, ut docui in l. 33. ad African." An andern Stellen aber verläßt er ganz seine entgegengesetzte Meinung

allein diese Entscheidung, nach welcher der Käufer den Preis ungeschmälert zahlen muß, während er des Zufalls wegen Nichts oder Verschlechtertes bekommt, ist gerade der Punct, gegen welchen die herrschende Ansicht sich sträubt, und den sie daher möglichst zu beschränken sucht. Man findet es exorbitant, daß der eine Contrahent leisten soll, während der Andere durch Zufall von seiner Verbindlichkeit frei wird; man hält es für hart, daß der Eine sein Wort halten muß, während er doch das ihm Zugesagte nicht bekommt; man glaubt, daß die allgemeinen Principien und daß specielle Entscheidungen der Quellen bei andern Verträgen diesem Resultate widersprechen. Es sey daher, meint man, das, was die Quellen beim Kaufe bestimmen, eine auffallende Singularität, welche blos auf den Kaufvertrag beschränkt bleiben müsse.

Ich konnte mich nie von der Richtigkeit dieser Ansicht überzeugen und mir scheint, es dürfte sich vielmehr nachweisen lassen,

A. daß die Entscheidung, welche die Quellen beim Kaufe geben, den allgemeinen, von ihnen anerkannten, Principien nicht widerstreitet, vielmehr denselben vollkommen gemäß ist; daß ferner

---

und tritt der gewöhnlichen Ansicht bei, so namentlich in s. Commentar. ad Jul. Pauli libros ad edict. ad lib. 33. (D. de peric. rei vend. l. 8. in Operibus ed. Neap. 1758. T. V. p. 513), ferner recitatt. solenn. in Lib. 19. tit. 5. Dig. ad l. 5. pr. (in Op. T. VII. p. 828.) und recitat. solenn. in libros IX. Cod. ad L. IV. tit. 48. 49. (in Op. T. IX. p. 380. 383.) — In der That ist auch der Inhalt der l. 33. und l. 12—14. cit. nicht der Art, daß dadurch die vielen Stellen, welche so klar und bestimmt vom periculum emtoris in dem oben angegebenen Sinne sprechen, entkräftet werden könnten. Sehr richtig bemerkt Mühlenbruch (doct. pand. §. 397. not. 2.) über sie: „eorum mihi „probanda videtur sententia, qui priorem locum (l. 33.) ex „*vitiorum* a venditore praestandorum obligatione, posteriores „vero (l. 12—14) ex *culpae custodiaeque* praestandae obli„gatione explicandos esse censeant.“

B. die Quellen selbst ihre Bestimmungen beim Kaufe durchaus nicht für eine Singularität halten, sondern sie aus allgemeinen Principien herleiten; daß endlich

C. die scheinbar abweichenden gesetzlichen Entscheidungen bei andern Verträgen kein Gegenargument bilden, indem sie blos durch die besondere Natur dieser Verträge motivirt sind, und daß die Römer bei denselben und bei andern zweiseitigen, auf Sachleistung gerichteten, Obligationen, so weit nur deren besondere Natur es zuläßt, ganz von denselben Principien, wie beim Kaufe, ausgehen.

VI.

Was — ad A — die Principien betrifft, welchen unsere vorhin aufgestellte Regel und die Bestimmung des Römischen Rechts beim Kaufvertrage widerstreiten sollen: so werden folgende zwei angeführt:

1) sie widerstreite dem Grundsatze: casum sentit dominus [4]. Allerdings widerstreitet sie diesem Grundsatze; allein es dürfte schon oben im Allgemeinen gezeigt worden seyn, daß der Grundsatz: casum sentit dominus, kein Princip für die Frage über das Periculum bei Obligationen bilden kann, und daß auch unsere Quellen ihn für diese Fälle nicht als Princip aufstellen und gelten lassen. Es wurde namentlich bei den einseitigen Obligationen nachgewiesen, daß hier unsere Quellen unmöglich von diesem Grundsatze ausgehen können, und daß, wenn man ihn als Princip hier befolgen wollte, man auf Resultate geführt würde, welche den in den Quellen enthaltenen Entscheidungen direct widersprächen. Eben so verhält es sich auch bei den zweiseitigen Obligationen. Es läßt sich auch hier kein Grund nachweisen, aus welchem

---

4) Unter den Neueren berufen sich darauf u. A. Mühlenbruch doctr. pand. ed. 3. §. 362. not. 4. und Burchardi die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Gött. 1831. S. 112. Vergl. auch oben Not. 37 f.

gerade der Dominus es seyn soll, der die Gefahr bei der Obligatio trägt. Auch sprechen unsere Quellen nirgends jenen Grundsatz als Princip bei zweiseitigen Obligationen aus. Ja, sie enthalten solche Entscheidungen, bei welchen jener Grundsatz gar nicht bestehen kann, wie unten gezeigt werden wird. Selbst der Umstand, daß die gesetzliche Entscheidung über Gefahr beim Kaufe jenem Grundsatze völlig widerspricht, dürfte schon dafür sprechen, daß sie auch bei zweiseitigen Obligationen ihn verwarfen, außer es könnte wirklich bestimmt nachgewiesen werden, daß die Römer jene Bestimmung beim Kaufe als wahre Singularität betrachteten, und in allen übrigen Fällen andere Grundsätze befolgten. Dieser Beweis wird sich aber nicht führen lassen.

Zwar wurde schon versucht, sogar die Bestimmung über Gefahr beim Kaufe mit dem Grundsatze: casum sentit dominus, in Einklang zu bringen. Oosterga [5]) glaubt nämlich: der Käufer werde nach dem *jus gentium* Eigenthümer der gekauften Sache schon mit Abschluß des Kaufes noch vor der Uebergabe der Sache, und so müsse er allerdings nach dem Grundsatze: casum sentit dominus, die Gefahr tragen. Allein es wird wohl jeder Leser zugeben, daß diese Ansicht keiner Widerlegung bedarf.

Ueberhaupt wenn unsere Quellen bei einseitigen Obligationen das »casum sentit dominus« ganz bestimmt verwerfen, wie oben zu zeigen versucht wurde, so dürfte schon die Consequenz fordern, ihn auch bei zweiseitigen nicht anzuerkennen, und so lange nicht bestimmt für die letzteren das Gegentheil nachgewiesen ist, wird hier auf sie ein Schluß von den ersteren gemacht werden dürfen und müssen. Eine Nachweisung des Gegentheils für zweiseitige Obligationen aber finde ich nirgends. Zwar berufen sich die Gegner auf Stellen über die Gefahr bei dem Emphyteutcontract, bei der Miethe, der Societät, und zum Theil auch bei den ungenannten Con-

---

5) Censura Belg. ad D. Lib 18. tit. 6. l. 1.

tracten. Allein, daß die Stellen über diese Contracte für ein casum sentit dominus, als ein Princip über Gefahr bei Obligationen nichts beweisen, wird unten zu zeigen versucht werden.

2) Unserer Regel: daß der Acceptant seine Gegenleistung doch geben müsse, wenn auch der Promittent durch Zufall von seiner Verbindlichkeit frei werde, daß er also nach dem Römischen Sprachgebrauch (s. oben S. 102. ff.) die Gefahr bei der Obligation trage, soll nach Manchen auch widersprechen das Recht zur exceptio non impleti contractus. Bei zweiseitigen Verträgen gelte ja der Grundsatz, daß kein Theil gegen den andern auf Erfüllung klagen könne, wenn er nicht selbst den Contract erfüllt habe. Könne daher der Promittent wegen Zufalls nicht erfüllen, so stehe seiner Klage auf Gegenleistung jene exceptio entgegen [6]). Allein dieser Einwand ist nur scheinbar, und verschwindet bei genauerer Betrachtung der Sache.

In den Fällen, in welchen die exceptio non impleti contractus eingreift, hat der Kläger an sich ein Klagrecht [7]); nur kann er es nicht realisiren, bevor er seine Verbindlichkeit erfüllte, oder sich zu deren Erfüllung bereit gezeigt hat. Hat er aber keine Verbindlichkeit mehr zu erfüllen, so steht natürlich der Ausübung seines Klagrechtes nichts mehr im Wege, da ja dieses Klagrecht an sich schon begründet war, und der Umstand, der seiner Realisirung entgegenstand (die nicht erfüllte Verbindlichkeit), gehoben ist. Nun fällt aber ja die Verbindlichkeit zu erfüllen weg, wenn ein nach Abschluß des Vertrages eingetretener Zufall die Erfüllung unmöglich macht, und es ist rechtlich, die Sache so zu behandeln, als

6) Vergl. z. B. Glück Erläut. der Pandekten. B. XVII. S. 130. f.

7) Dadurch unterscheiden sich diese Fälle wesentlich von dem Verhältnisse bei den ungenannten Realcontracten (nach röm. Rechte). Bei den letzteren entsteht das Klagrecht, und die ganze eigentliche Obligatio erst durch das Factum der Erfüllung; vor diesem Factum ist gar kein Klagrecht und keine klagbare Obligatio vorhanden. D. XIX. 4 de rer. perm. l. 1. §. 2.

ob der Verpflichtete erfüllt hätte, und so ergibt sich, daß von dem Rechte zur exceptio non impleti contractus gegen unsere Regel kein Einwand hergenommen werden könne. So gut demjenigen, welcher durch Nachlaß oder sonst irgend einen modus tollendi obligationem von seiner Verbindlichkeit frei geworden ist, jene exceptio nicht mehr entgegen stehen kann [8]), eben so gut muß ihr der durch Casus Liberirte die Replik, daß er nichts mehr schuldig sey, entgegenstellen können, da der Casus eben so sehr zu den gültigen modi tollendi obligationes gehört.

Dieses wird auch durch unsere Quellen bestätigt. Keine der, von jener exceptio redenden Stellen deutet irgend an, daß die exceptio auch dann statt finde, wenn ein Zufall den Kläger liberirt hat. Sie sprechen nur von Fällen, in welchen der Kläger aus einer ihm zurechenbaren Schuld nicht erfüllt, und in welchen von einem erst nach Abschluß des Vertrages eingetretenen Zufalle nicht die Rede ist [9]), oder in welchen der Zufall den Verpflichteten von seiner Verbindlichkeit gar nicht befreien kann [10]). Ja noch mehr. Sie gehen ausdrücklich von der oben gegebenen Argumentation aus, und erklären, die berührte exceptio finde da nicht statt, wo der Zufall die Erfüllung unmöglich machte. Freilich bedienen sie sich dabei des Beispiels des Kaufes; allein sie sagen nicht, daß hier die exceptio aus singulären Gründen wegfalle, sondern rechtfertigen es lediglich aus dem allgemeinen Grunde, weil der Promittent durch den Zufall von seiner Verbindlichkeit befreit werde, oder weil der die Erfüllung hindernde Zufall die Sache rechtlich in die Lage bringe, als ob der Promittent erfüllt hätte. Es sagt nämlich Julianus (lib. 15. Digest.) [11]):

8) Vergl. auch Cajus Inst. Com. IV. §. 126. a. E.

9) D. XIX. 1. de A. E. V. l. 25. XVIII. 1. d. C. E. l. 34. §. 3.

10) Beim Käufer, der den Preis schuldet. D. XIX. 1. de A. E. V. l. 13. §. 8. XII. 1. de R. C. l. 31. §. 1. XXI. 1. de aed. ed. l. 57. pr.

11) D. XVIII. 5. de resc. vend. l. 5. §. 1. 2.

Emtio nuda conventione dissolvitur, si res secuta non fuerit. Mortuo autem homine *perinde habenda est venditio, ac si traditus fuisset*, utpote cum venditor liberetur, et emtori homo pereat: *quare*, nisi justa conventio intervenerit, *actiones ex emto et vendito manebunt.*

Wollte man aber selbst sagen, daß beim Kaufe allerdings die exceptio nicht viel wirken könne, weil bei diesem nun einmal ein singulärer Grundsatz gelte, nach welchem der Käufer alle Gefahr zu tragen habe, daß aber wegen des Rechtes zu jener exceptio die Ausdehnung dieses Kaufgrundsatzes auf andere Verträge sich unstatthaft zeige, so würde diesem Einwande doppeltes entgegenstehen. Einmal haben die Dissentienten nirgends bewiesen, daß auch gegen einen durch Casus Liberirten die exceptio gilt. Vielmehr stehen, wie angeführt wurde, die Grundsätze selbst, auf welche diese Einrede sich stützt, ihrer Anwendung gegen einen durch Zufall von seiner Verbindlichkeit Befreiten entgegen. Sodann ist zu bedenken, daß unsere Quellen der exceptio non impleti contractus nur beim Kaufe erwähnen, und wir sie nur durch Analogie vom Kaufe auch auf andere Verträge ausdehnen [12]). Dieß dürfen wir aber nur unter den Beschränkungen, unter welchen die Römer die Theorie derselben beim Kaufe ausbildeten, also nur so, daß, wenn die eine Parthie durch Zufall liberirt ist, ihr die exceptio nicht entgegengestellt werden kann [13]).

---

12) Allerdings ist sie nicht auf den Kauf beschränkt. Allein bei den Römern war der Kauf beinahe der einzige wichtige Vertrag, bei welchem sie zur Sprache kommen konnten, aus denselben Gründen, aus welchen der Kauf beinahe der einzige Vertrag war, bei dem der Grundsatz über das periculum so Anwendung finden konnte, wie er beim Kaufe angewendet wird. Dieß dürfte sich aus dem unter Nro. VIII. Ausgeführten ergeben.

13) Ganz ähnliche Grundsätze wenden die Römer bei der actio redhibitoria an. Hier kann der verletzte Käufer die Rückgabe des Preises nicht eher verlangen, als bis er die gekaufte Sache zurück-

Noch berufen sich manche Gegner auf die *aequitas*, und auf die Härte, welche darin liegen soll, daß der Acceptant auf die angegebene Weise die Gefahr trage [14]. Nehmen wir aber aequitas im wahren Römischen Sinne: so ist sie in der That jenem Grundsatze nicht entgegen. Denn es sprechen die Grundprincipien des Rechts nicht gegen, sondern für ihn; er ist blos eine consequente Anwendung dieser Principien auf einen einzelnen Fall. Was aber die Härte und Unbilligkeit betrifft, so muß, wenn ein schadender Zufall eintritt, dieß für die eine oder die andere Parthie hart seyn; eine von beiden muß darunter leiden. Es würde daher reine Willkühr seyn, wenn wir gegen den Einen auf Kosten des Andern mitleidig seyn wollten. Denn wälzen wir von der einen Parthie dieses Leidenmüssen weg, weil es für sie hart sey: so schieben wir dadurch die Härte auf die andere, und so könnte denn diese mit gleichem Rechte über unbillige Härte sich beklagen. In solchen Fällen ist es daher, wie immer, das Sicherste, sich nicht durch ein Mitleiden gegen den einen Theil leiten zu lassen, das dann nur auf Kosten des andern Theils befriedigt werden könnte, sondern fest an dem Rechtsprincip zu halten. Uebrigens wäre, wenn einmal von Härte und Unbilligkeit die Rede ist, diese weit größer gegen den Promittenten, wenn wir diesem das Tragen des Zufalls aufbürden wollten, wenn also z. B. der Verkäufer, falls die Sache vor der traditio zu Grunde ginge, den Preis nicht verlangen könnte, er somit den Werth ohne allen Ersatz verlieren würde. Denn er könnte namentlich einwenden: dadurch, daß der Käufer mir die Sache abkaufte, bin ich in meiner Disposition über die

---

gab, oder Caution wegen der Rückgabe leistete (D. XXI. 1. de aed. ed. l. 25. §. 9. 10. l. 26.). Und doch muß ihm der Preis gegeben werden, wenn die Sache vor der Zurückgabe durch Zufall zu Grunde geht, weil ihn der Zufall von der Verbindlichkeit zur Zurückgabe der Sache liberirt. s. unten Note 52.

14) So u. A. Cujacius nach seiner frühern Ansicht s. oben Note 8. und viele spätere.

Sache nun gebunden. Der Känfer kann nun verlangen, daß ich sie für ihn liegen lasse. Tritt nachher ein schadender Zufall an der Sache ein, so würde dieser Zufall, wenn ich ihn tragen sollte, blos dadurch mich treffen, weil ich nicht mehr vorher über die Sache anderwärts disponiren konnte, und so ist es blos der Vertrag und das mich bindende Recht des Käufers, wodurch ich dem Zufalle ausgesetzt wurde. — Wäre es nun hier nicht weit härter, dem Verkäufer den Schaden aufzubürden, dem die Hände zur Abwendung des Schadens gebunden waren, als dem Käufer, zu dessen Besten jenem die Hände gebunden waren [15].

VII.

Sehen aber, und dieß ist hier — ad B. — eine Hauptfrage, sehen denn die Quellen die Bestimmung über das periculum rei venditae wirklich für eine Singularität an?

Manche Lehre unseres Pandectensystems könnte den Beweis für die Behauptung liefern, daß man öfters zu schnell über einen, auf den ersten Anblick auffallenden, Satz des Römischen Rechts durch die Bemerkung fertig zu werden suchte, er enthalte eben eine unerklärbare Singularität. — Allein wie überhaupt, so müssen wir besonders in der vorliegenden Lehre von vorneweg etwas zurückhaltend seyn mit der Annahme von Singularitäten. Denn die ganze Lehre über das periculum rei venditae bildete sich bei den Römern nicht durch die Legislation, welche leichter Singularitäten schaffen kann, sondern durch die Doctrin. Die Römischen Juristen aber mußten sich bei der Ausbildung ihrer Doctrin an die gegebenen Principien halten, und ihre Sache war es nicht, nach Willkühr Singularitäten zu schaffen. Auch wollten sie dieses in der That nicht, so wenig als sie es konnten. Vielmehr

---

15) Wirklich argumentirt auch Ulpian ganz auf diese Weise in D. XII. 4. de condict. causa data etc. l. 5. §. 3. 4. vergl. unten bei Note 51.

haben wir gerade bei der Ausbildung ihrer Wissenschaft die Consequenz zu bewundern, mit der sie überall durch die Principien sich leiten ließen. Und daß sie auch hier sich durch Solche leiten ließen, dürfte sich durch Folgendes erweisen.

Die Entscheidungen des Römischen Rechts, von welchen es sich hier zunächst handelt, sind folgende:

1) Beim Kaufe trägt der Käufer nach Abschluß des Vertrags [16]) dergestalt die Gefahr, daß er, wenn die Sache durch Zufall untergeht oder verschlechtert wird, doch seine volle Gegenleistung zahlen muß, wiewohl er Nichts oder Verschlechtertes bekommt.

2) Diese Gefahr trägt er aber in manchen Fällen nicht, namentlich

a) wenn das Geschäft bedingt ist, und die Sache vor Eintritt der Bedingung zu Grunde geht [17]).

b) Wenn die Sache erst aus einem bestimmten Genus ausgewählt werden soll, und das ganze Genus geht vor der Auswahl zu Grunde [18]).

c) Wenn zwar das ganze bestimmte Genus gekauft ist, dasselbe aber erst zugemessen, zugewogen, zugezählt oder

---

16) Ging die Sache vor Abschluß des Vertrags zu Grunde, so zerschlägt sich der Vertrag. Hier trägt dann der Verkäufer den Zufall, und zwar, weil ihm der Käufer zur Zeit des Eintritts des Zufalls noch gar nicht obligirt war; es handelt sich also hier eigentlich von einem Zufalle und Verluste, der in einem nicht obligatorischen Verhältnisse eintrat, und hier muß dann nach dem Grundsatze: **casus a nemine praestantur**, denjenigen, dem die Sache gehörte, der Schaden treffen. s. auch oben Note 9. Die Römer sagen hier: ***non constat emtio***, ***nihil venit*** und dergl. s. **D. XVIII. 1. d. C. E. l. 44. l. 57. pr. l. 58.**

17) **D. XVIII. b. de peric. r. v. l. 8. pr. l. 10. pr. XXIII. 3. de jur. dot. l. 10. §. 5.**

18) **D. XVIII. 1. d. C. E. l. 35. §. 7.**

probirt werden soll, und es nun vor diesem Zumessen u. s. w. Schaden leidet [19].

Sollte nun der Grundsatz unter Nro. 1. auf einer Singularität beruhen, so wäre es doch sehr auffallend, wenn dieß nicht in einer der vielen Stellen, welche von ihm handeln, angedeutet würde. Allein in allen diesen Stellen findet sich von einer solchen Andeutung nicht die geringste Spur. Der Grundsatz wird theils als sich von selbst verstehend vorausgesetzt, theils als ein ganz natürlicher auseinandergesetzt [20]). Es müßte ferner, wenn die Römischen Juristen jenen Grundsatz als eine Abweichung von der Regel angesehen hätten, bei den unter Nro. 2. angeführten Ausnahmen von dem Grundsatze doch eine Hindeutung darauf vorkommen, daß bei ihnen zum Princip zurückgekehrt werde, daß bei ihnen das Singuläre cessire. Allein auch hiervon findet sich durchaus keine Spur. Vielmehr finden die Römischen Juristen eher in der Rechtfertigung dieser Ausnahmen einige Schwierigkeit, und variiren hier zum Theile, um dieses scheinbare Abweichen vom Princip hier mit den Principien in Einklang zu bringen. Ja, Manche scheinen hier für eine strengere Anwendung des Princips zum Theile wenigstens gewesen zu seyn [21]).

19) D. l. c. l. 35. §. 5 — 7. D. de peric. rei v. l. 1. pr. §. 1. l. 4. 5.

20) Namentlich macht hier den Classikern ein „casum sentit dominus" nicht den geringsten Scrupel. Man vergleiche nur einmal D. XLVII. 2. de furt. l. 14. pr. hier wird ausgeführt, daß der Käufer vor der Uebergabe der Sache die Rechte und Klagen eines Eigenthümers nicht habe. Aber, fügt Ulpian bei, natürlich trägt er das periculum „Et *sane* periculum rei ad emtorem pertinet. Vergl. auch J. III. 23. de emt. § 3.

21) Die Ausnahme in Betreff des bedingten Kaufes wird durch den Grundsatz gerechtfertigt, daß die Obligation nur dann gelten kann, wenn zur Zeit ihres eigentlichen Eintritts der Gegenstand der Obligation noch existirt. Geht daher die Sache der Bedingung zu Grunde, so ist es gerade so, als ob über eine nicht existirende

So fehlt es schon an äußeren Gründen für die Annahme einer Singularität; vielmehr streiten solche dagegen. Was aber die inneren Gründe betrifft, so sprechen auch diese ganz dagegen. In den Quellen ist vielmehr ausgesprochen, daß der Zufall, der dem Verpflichteten die Leistung unmöglich mache, denselben von seiner Verbindlichkeit liberire, weil impossibilium nulla obligatio [22]. Der Gegner desselben leidet also zunächst unter dem Zufalle. Diesen Schaden braucht aber der Liberirte dem Gegner nicht zu ersetzen, weil casus a nemine praestantur, und da der Zufall dem Gegner seine Leistung nicht unmöglich machte, so bleibt er verbunden zu zahlen. Auf diese Weise führen also die allgemeinen, in unsern Quellen ausgesprochenen Principien ganz auf den unter Nro. 1. angeführten Grundsatz und in der That finden wir auch, daß diese Principien es sind, welche die Römer auf das periculum rei venditae anwendeten.

Es ist, so viel ich auffinden konnte, blos eine Stelle, in welcher unsere Quellen sich über den Grund des peri-

---

Sache pacíscirt worden wäre. Hieraus folgt, daß bis zum Eintritt der Bedingung der Verkäufer das periculum interitus, der Käufer dagegen das periculum deteriorationis zu tragen hat. Es scheint aber sogar, daß einige ältere Classiker, z. B. Proculus (welcher überhaupt in der Lehre vom Periculum für strengere Grundsätze gewesen zu seyn scheint, s. unten Note 51.) und Octavenus die ganze Ausnahme verwarfen, und dem Käufer, wenn nur überhaupt die Bedingung eintrat, das ganze Periculum aufbürden wollten. Allein die entgegengesetzte, besonders von Paulus und Ulpianus vertheidigte Ansicht drang durch. s. die Stellen der Note 17. — Die unter b. und c. bei Note 18. und 19. angeführten Ausnahmen sucht Ulpianus damit zu rechtfertigen, daß vor dem Zumessen die Sache „quasi *nondum* venit.“ D. de peric. r. v. l. 1. §. 1. Cajus dagegen nimmt mit Sabinus und Cassius an, daß hier die Zumessung u. s. w. die Bedingung des ganzen Vertrags bildete (quia venditio quasi sub hac conditione videtur fieri. D. de C. E. l. 35. §. 5.).

22) Z. B. D. XXXVI. 1. ad Sc. Treb. l. 22 §. 3. XXV. 2. ad l. Falc. l. 30. §. 4. XLV. 1. de V. O. l. 23. 33. 37. l. 83. §. 7.

culum emtoris ganz bestimmt äußern, die oben in Not. 13. angeführte und dort abgedruckte. Hier wird der Grundsatz, daß der Käufer auf die angegebene Weise die Gefahr trage, durchaus aus einem allgemeinen Princip hergeleitet. Geht die Sache, sagt die Stelle, durch Zufall zu Grunde, so wird der Verkäufer von seiner Verbindlichkeit liberirt, weil der Zufall für Erfüllung gilt (ac si res traditu fuisset). Allein aus seiner Liberirung folgt nicht, daß auch der Käufer von seiner Verbindlichkeit liberirt werde, und so sagt daher auch jene Stelle: venditor liberatur et emtori homo perit: *quare* actiones ex emto et vendito manebunt.

Bei dieser Stelle dürfte die Annahme einer Singularität ganz unmöglich werden [23]).

Denselben Grund finden wir in einer zweiten Stelle wenigstens angedeutet. Justinian erklärt das periculum rei venditae näher [24]) und deutet mit einem »enim« den Grund an, warum der Käufer den Preis zahlen müsse, wiewohl er nichts bekomme. Er beruft sich aber hier nicht auf ein contra tenorem juris receptum und dergl., sondern sagt blos: quidquid enim *sine culpa* venditoris accedit, in eo venditor securus esse potest« und deutet somit blos auf die liberirende Kraft des Zufalls hin.

VIII.

Bei der Behauptung, daß die Römischen Grundsätze über die Gefahr beim Kaufe singulär seyen, beruft man sich — ad C. — besonders noch darauf, daß bei andern Verträgen die Quellen von ganz anderen Grundsätzen über die Gefahr ausgehen. — Allein auch dieser Einwand ist wohl nur scheinbar. Allerdings kann die besondere Natur eines Vertrages es mit sich bringen, daß die ausgeführten Principien eine volle

23) Gegen eine solche Annahme spricht auch das oben bei Note 31—34. Angeführte.

24) J. III. 23. de emt. vend. §. 5.

Anwendung bei ihm nicht leiden. Allein daraus folgt dann natürlich nichts gegen die Richtigkeit unserer Principien als solche, und für die Singularität der Grundsätze über periculum rei venditae. Jenes dürfte nun gerade der Fall seyn bei den Verträgen, auf welche sich die Gegner berufen. Diese Verträge sind:

1) Die Sachenmiethe. Streng genommen könnte man bei der zunächst vorliegenden Frage diesen Vertrag durch die Bemerkung beseitigen, daß er für sie um deswillen nicht von Einfluß sey, weil es sich bei ihm nicht von eigentlichen Sachleistungen handelte. Will man ihn aber doch hier berühren, so muß bei ihm vor Allem seine besondere Natur in Betracht gezogen werden. Bei der Miethe garantirt uns der Vermiether den ungestörten vollen wirklichen Genuß der Sache, wie er im Vertrage zugesagt wurde, und es richtet sich hier die Gegenleistung lediglich nach dem, was man wirklich erhält. Erst nachdem man den Gebrauch der Sache genossen hat, zahlt man [25], und man zahlt nur in dem Maaße, in welchem uns der Genuß geleistet wurde. Hieraus und aus der Anwendung unserer allgemeinen Principien folgt dann:

a) geht die Sache durch Zufall zu Grunde, oder wird sie sonst durch Zufall dem Genuß des Miethers entzogen, so wird der Vermiether liberirt — impossibilium nulla obligatio —, allein der Miether zahlt das Miethgeld nur für die Zeit, welche hindurch er die Sache gebraucht hatte und fordert das zuviel Bezahlte als nicht geschuldet zurück [26]. Einen

---

25) Etwas Anderes ist es, wenn der Vermiether den vollständigen Gebrauch zu gestatten im Stande und bereit ist, wir ihn aber wegen eines Zufalls in unsrer Person nicht machen können. Hier erfüllte er, was er garantirte. Wir aber können uns auf ein Impossibile nicht berufen, da wir ja das, was wir versprochen, leisten können, und wir müssen daher zahlen. Mühlenbruch doctr. pand. §. 414. a. E. §. 415. Note 12.

26) D. XIX. 2. Locat. l. 9. §. 1. 4. l. 19. §. 6. l. 27. §. 1. l. 30. pr. §. 1. l. 33. in fin. l. 34. 35. pr.

Ersatz für die in seinen Händen untergegangene Sache gibt der Miether nicht, weil casus a nemine praestantur [27]. Ebensowenig aber hat aus dem gleichen Grunde der Vermiether dem Miether den Schaden zu ersetzen, den der letztere wegen vergeblichen Aufwandes auf die Sache, z. B. zum Zweck der nicht genossenen Früchte, machte oder den er an seinen eigenen, in das Miethobject inferirten Sachen litt [28].

b) Wird der Gebrauch und Genuß der Sache auf eine nicht ganz unbedeutende Weise — denn auch hier sieht man auf die minima nicht — durch Zufall geändert oder gestört, so macht der Miether am Preise einen verhältnißmäßigen Abzug [29].

So trägt also im Grunde hier der Vermiether immer die Gefahr der Obligation, d. h. der Schaden an der Sache trifft ihn, so weit sie ihm gehörte, er bekommt aber keinen oder nur einen geminderten Miethpreis. Allein dieß nicht, weil er dominus rei ist — von einem solchen Grunde sagen die Gesetze nichts [30], sondern weil die Garantie des vollen Gebrauchs in der Natur des Vertrages liegt. Gerade wie der Verkäufer für die Eviction garantiren muß, so muß es

27) J. III. 24. de locat. §. 5.

28) D. loc. l. 55. l. 9. §. 1. C. IV. 65. e. t. const. l. 12.

29) D. loc. l. 27. pr. l. 25. §. 2. l. 15. §. 1. Aus diesen Grundsätzen erklären sich auch durchaus die Bestimmungen über Remission des Pachtpreises wegen Hagelschlag, Mißwachs und dergl. s. D. loc. l. 15. §. 2—7. l. 25. §. 6.

30) Ohnehin braucht auch der Vermiether nicht dominus rei zu seyn. Ist er es nicht, so trifft der Schaden an der Sache den dominus, weil casus a nemine praestantur; den Vermiether dagegen trifft das *obligationis* periculum, d. h. der Verlust des Rechts auf die Gegenleistung des Miethers. Den Ausdruck periculum, casum praestare, vermeiden aber hier die Quellen. Sie gebrauchen ihn nur in Betreff des Ersatzes, d. h. der verneinten Frage, ob der Vermiether den zufälligen Schaden an den Sachen des Miethers zu ersetzen habe. D. loc. l. 9. §. 3. 4. J. l. c.

der Vermiether für den Zufall, nur daß er nicht für das Interesse einsteht.

2) Der Emphyteutcontract. Bei diesem Vertrage, über dessen Natur die Classiker stritten, und auf welchen Manche ganz die Kaufsgrundsätze anwenden wollten, macht in Betreff des Periculums Kaiser Zeno einen Durchschnitt. Das periculum interitus soll der dominus, das periculum deteriorationis der Emphyteuta tragen, d. h. im ersteren Falle nichts mehr zahlen, im letzteren ungeschmälert seine Leistungen forttragen müssen [31]. Für ein casum sentit dominus spricht diese Entscheidung jedenfalls nicht, sondern mehr dagegen. Denn der dominus trägt ja hier nicht das periculum deteriorationis. Auch enthält diese Zenonische Entscheidung keine Widerlegung unserer Principien. Der Emphyteuta kann ungeachtet des theilweisen Untergangs der Sache seine Leistungen wohl forttragen; es tritt hier das impossibilium nulla obligatio nicht ein, und im Emphyteutcontracte liegt nicht, wie in der Miethe, eine Garantie des ungeschmälerten Gebrauchs. Er muß also fortzahlen, und so entscheidet für diesen Fall Zeno ganz unserm Princip gemäß. Freilich könnte er an sich auch fortzahlen, wenn die Sache ganz untergeht. Allein hier wäre es doch sehr auffallend, wenn eine für Genuß der Sache zu gebende jährliche Leistung auch nach dem Untergange der Sache noch durch alle Zeiten fort abzutragen wäre. Dieß würde zu ganz undurchführbaren Verhältnissen führen. Hier lag der Gedanke sehr nahe, auf die jährliche Leistung ganz den Grundsatz anzuwenden, welcher beim Eintritt einer bedingten Obligatio angewendet wurde; sie nur dann eintreten zu lassen, wenn bei ihrer Wiederkehr der Gegenstand des Geschäfts noch existirt, und so das periculum interitus dem Eigenthümer zuzuscheiden, wie er es überhaupt vor Eintritt der Obligation hätte tragen müssen, den Emphyteuta dagegen mit allen Consequenzen aufhören lassen, Em-

---

31) C. IV. 66. de jur. emphyteut. cst. 1. J. III. 24. de locat. §. 3.

phyteuta zu seyn, wann keine Emphyteuse mehr existirt [32]). So wird nun der Emphyteuta ganz behandelt, wie ein Käufer beim bedingten Kaufe. Er trägt das periculum deteriorationis, nicht aber das periculum interitus.

3) Societät. Daß bei diesem Vertrage die Grundsätze, welche die Quellen beim Kaufe anwenden, jedenfalls nicht rein zur Anwendung kommen können, ohne daß dieß einen Beweis für die Singularität jener Grundsätze geben könnte, wird wohl keiner Ausführung bedürfen. Es ergibt sich dieß aus der durch besondere Natur dieses Vertrages vielfach bedingten Gemeinschaftlichkeit des Schadens, aus dem Umstande, daß die Societät häufig nur zum Theile, bisweilen gar nicht, auf Sachleistungen geht, daß ferner durch den Untergang der Sache häufig die ganze Societät sich zerschlagen kann und daß es überhaupt hier sehr auf die factische Frage ankommt, von welchen Umständen die Socii Eintritt und Fortdauer der Societät abhängig machen, und was sie jedem Socius aufbürden wollten, Fragen, deren Entscheidung im concreten Falle allerdings häufig Schwierigkeiten haben wird. Mit Unrecht aber beruft man sich gewöhnlich auf eine Stelle des Digestentitels pro socio, um dadurch ein unbedingtes casum sentit dominus als Regel, oder eine Singularität der Bestimmungen über periculum rei venditae zu belegen.

Allerdings trifft bei der Societät, wie überhaupt, der schadende Zufall zunächst den, welcher an der beschädigten Sache dingliche Rechte hatte, und so verliert auch hier durch den Untergang der Sache der Eigenthümer zunächst sein Eigenthum (s. auch oben Not. 9.), und da casus a nullo praestantur, so kann er in der Regel hiefür von Niemanden

32) So sagt Zeno: hoc (d. h. der gänzliche Untergang) non emphyteuticario, *cui nihil reliquum permansit*, sed rei domino, qui, quod fatalitate ingruebat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat, imputetur.

Ersatz verlangen, außer, das Societätsverhältniß begründete einen persönlichen Anspruch auf Ersatz. Einen solchen Anspruch begründet es nun jedenfalls, wenn die Societät selbst die Veranlassung und Ursache war, daß der Zufall den Eigenthümer treffen konnte [33]). Ebenso trifft, wenn ein Socius seine Einschüsse den Andern zum Miteigenthum mittheilt, der zufällige Untergang dieser Einschüsse natürlich zunächst die Societät, d. h. die Societät verliert nun eben die Sache. — Aus dem Angeführten folgt nun aber nicht, daß überhaupt das ganze Obligationis periculum den Eigenthümer der beschädigten Sache treffe, daß er namentlich auf die Gegenleistungen keinen Anspruch mehr machen könne, oder nun etwas Anderes, statt des Untergegangenen, geben müßte.

Diese Fragen beantworteten die Quellen nur in einigen Beziehungen durch Beispiele, und um nicht zu ausführlich zu werden, will ich blos auf diese Beispiele näher eingehen. Sie unterscheiden:

a) es ist blos von einer generisch bestimmten Sache, welche der eine Socius zu leisten hat, die Rede. Z. B. einer Summe Geldes; hier muß er, wenn diese Sache zu Grunde geht, eine andere Sache derselben Art leisten, weil hier das »impossibilium nulla obligatio« nicht eintritt. Ging aber die Sache durch eine Societät zu Grunde, so ist es Schaden der Societät und er nimmt an allen Rechten der Socii und an deren Einschüssen oder ihrem Ertrage Theil, ohne von Neuem Etwas beitragen zu müssen.

D. XVII. 2. pro soc. l. 58. §. 1. (Ulp. ad edict. 31.) Item Celsus tractat: si *pecuniam* contulissemus ad mercem emendam, et mea pecunia periisset, cui perierit ea? Et ait: si post collationem eveniet, ut pecunia periret, *quod non fieret, nisi societas coita esset,* utrique perire, ut puta, si pecunia, cum peregre portaretur ad mercem emendam,

33) Wie dieß zu nehmen ist, ergibt sich aus D. XVII. 2. pro soc. l. 52. §. 3. 4. l. 58. §. 1. verb. quod non fieret etc.

periit: si vero ante collationem, posteaquam eam destinasses, tunc perierit, nihil eo nomine consequerit, inquit, quia non societati periit.

Diese Stelle ist es gerade, welche theils für das casum sentit dominus auch bei Obligationen [34], theils dafür, daß hier ganz andere Grundsätze, als beim Kaufe eintreten [35], angeführt wird. Allein sie beweis't doch wohl weder für das Eine, noch für das Andere. Für das Letztere beweis't sie nicht, sobald man bedenkt, daß hier von einer *pecunia* die Rede ist, bei welcher, wenn sie vor der Collation dem Schuldner zu Grunde ging, von einem impossibilium nulla obligatio nicht die Rede seyn konnte, und er daher hier gerade so das periculum des Geldes tragen mußte, wie der Käufer das periculum des Geldes, mit welchem er zu zahlen beabsichtigt, zu tragen hat. Für ein casum sentit dominus beweis't sie aber auch nicht. Sollte sie überall hiefür angeführt werden können, so müßte von dem ersten Falle, den die Stelle setzt (si post collationem), gesagt seyn, daß durch die collatio pecuniae die *Socii* Eigenthümer des Geldes geworden seyen, und daß deßhalb nun das Geld utrique zu Grunde gehe. Allein sie sagt weder das Eine noch das Andere. Sie nimmt an, daß die pecunia noch *mea* sey, und erklärt, daß der Verlust dieser pecunia nur dann die Societät treffe, wenn sie durch die Societät oder bei Ausführung von Societätszwecken verloren ging (quod non fieret etc.) [36].

---

34) Z. B. von Mühlenbruch doct. pand. §. 362. No. 4. in fin.

35) Z. B. von Thibaut Pandektenrecht §. 175. Note a.

36) Wollte man, wie es Manche thun, z. B. neuerlich auch Guyet Abhandlungen (Heidelb. 1829. S. 242. f.) annehmen, die Stelle spreche von einem Falle, in welchem das Geld gemeinschaftlich geworden sey, und das pecunia *mea* sey daher blos ein ungenauer Ausdruck für das von mir herrührende (nunmehr aber der Gesellschaft gehörige) Geld; so würde die Stelle nicht nur nicht für, sondern ganz gegen ein casum sentit dominus sprechen. Denn nach dem Grundsatze: casum sentit dominus, müßte ja

b) Er hat eine Species zu leisten. Geht diese zu Grunde, so hat er nichts weiter zu leisten, weil impossibilium nulla obligatio. Allein nimmt er nun doch an demjenigen Theil, was seine Socii zu leisten haben? Trägt er das periculum, d. h. verliert er nun sein Recht auf die Gegenleistung? oder tragen sie es doch, müssen sie ihm nun doch leisten? Hier entscheidet Ulpian, oder vielmehr Celsus, in zwei Beispielen dahin, war die Existenz der Sache Bedingung der Fortdauer der Societät und der Ausführbarkeit des ganzen Societätsplanes, so zerschlägt sich mit ihrem Untergange die Societät (non manet societas). Durch die Leistung der Andern allein könnte dieser Zweck nicht mehr realisirt werden; daher können auch sie von ihrer Seite sich auf ein impossibile berufen, und so bleibt der Schaden allein auf dem, dessen Sache zu Grunde ging. Sind aber diese Voraussetzungen nicht vorhanden, so hebt der Untergang der von dem Einen zu leistenden Sache die Verbindlichkeit der Uebrigen nicht auf (gerade wie beim Kaufe der Untergang der verkauften Sache die Verbindlichkeit des Käufers nicht hebt)

nun die Societät ganz unbedingt den Zufall tragen. Unsere Stelle aber schiebt ihr den Zufall nicht unbedingt, sondern nur in dem Falle zu, wenn die societas Veranlassung des Verlustes war. Den Grund, warum hier die societas den Zufall zu tragen hat, legt Celsus nicht in ihr Dominium, sondern in das quod non fieret, nisi societas coita esset Diese Worte aber, wie es Guyet thut, enunciativ zu erklären, dazu gibt doch in der That die Stelle keine Befugniß, um so weniger, als sie die Frage durch ein Beispiel erklärt, das blos auf die in jenen Worten ausgesprochene Voraussetzung paßt. Auch sprechen die Basiliken (T. II. p. 14. ed. Fabrot.) ganz dagegen, daß jene Worte bloße enunciative sind, wenn es überall noch eines unterstützenden Momentes hiefür bedürfte. Die Unterscheidung der Stelle aber zwischen dem Verlust des Geldes vor und nach der Einlieferung bleibt dabei doch von Bedeutung, weil die Societät bei versprochenem Gelde für einen Zufall, der vor der Einlieferung eintritt, niemals zu stehen hat.

und behält daher jener Socius das Recht auf seinen Antheil an der Societät und auf die Leistungen der Andern bei [37]).

Um übrigens in solchen Fällen die factische Frage, was denn die Socii beabsichtigten, von welchen Umständen sie fortdauer und Existenz der Societät abhängig machen wollten, und wie weit das Risiko des Einzelnen gehen sollte, beantworten zu können, wird es freilich auch häufig darauf ankommen, ob blos eine societas usus oder ob eine societas dominii eingegangen wurde. Allein selbst dieser Umstand wird in manchen Fällen ohne Interesse seyn. Man nehme z. B. den Fall: ich habe ein junges rohes Pferd, das etwa 100 fl. werth ist, und schließe mit dem A. eine Societät dahin, daß er das Pferd auf seine Kosten ein Jahr lang ins Futter nehme und es dressire, und daß dann das Pferd verkauft und der Preis getheilt werde. Crepirt hier das Pferd, so ist dies zunächst mein Schade. Die Societät zerschlägt sich, und es ist kein Grund vorhanden, aus welchem ich Ersatz von A. fordern könnte. Doch kann er leicht auch eben so viel Schaden haben, wenn z. B. das Pferd erst gegen Ende des Jahres umkommt. Denn dann verliert er Futter- und Dressurkosten ohne Ersatz. Jeder übernahm hier für seine Person ein bestimmtes Risiko; ich das des Pferdes, er das des vielleicht vergeblichen Fütterns und Dressirens. Aendert man nun aber auch hier das Eigenthum, so wird doch dadurch in den Folgen des Casus gar nichts geändert. Verabreden wir z. B., der A. solle, um das Pferd während der Dressur selbstständiger in Händen zu haben, Miteigenthümer des Pferdes werden, und es kommt durch Zufall um, so geht es zwar nun *utrique* zu Grunde, d. h. Jeder verliert nun Eigenthum. Allein deßhalb kann man doch nicht sagen, daß das *obligationis* periculum jetzt auf eine andere Weise den A. treffe, als im vorigen Falle. Auch in diesem Falle ist das Endurtheil desselben, wie im vorigen; mich trifft am Ende der Verlust des Werths des

37) D l. c. l. 58. pr.

Pferdes, und den A. den Verlust seiner aufgewendeten Kosten. Ja, noch mehr: wenn ich auch dem A. das Alleineigenthum des Pferdes einräumen würde (wodurch der Vertrag in einen unbenannten Realcontract überginge) [38], so bliebe doch wieder das Resultat ganz dasselbe. Nun ist freilich der A. der alleinige dominus, der durch den casus zunächst seine Sache verliert. Allein in Betreff des Obligations-Verhältnisses geht es ganz, wie in den beiden ersten Fällen. Das Geschäft zerschlägt sich, und mein Verlust besteht im Pferde, das ich in der Hoffnung eines Gewinnes dem A. überlassen hatte, und sein Verlust besteht in den vergeblich aufgewendeten Futter- und Dressurkosten. So dürfte sich auch an diesen Beispielen zeigen, wie das casum sentit dominus zunächst blos den natürlichen Satz ausspricht: der Eigenthümer kann nicht mehr Eigenthümer der untergegangenen Sache seyn, und leidet, wenn die Sache verschlechtert wird, eine Verringerung seines Eigenthums, daß es aber über das Obligations-Periculum an sich in der Regel nichts entscheiden kann.

4) Besonders sind es noch einige von dem Innominalcontracte *do ut des* handelnde Stellen, durch welche viele die Behauptung zu unterstützen suchen, daß die Quellen bei zweiseitigen, auf Sachleistungen gehenden Obligationen über die Frage, wer das Periculum trage, von einem ganz andern Grundsatze ausgehen, als welcher bei dem Kaufe befolgt werde.

Allerdings müssen bei diesem Innominatcontracte nach Römischem Rechte zum Theile andere Grundsätze eintreten, als beim Kaufe. Allein nicht, weil hier die Quellen von einem andern Grundsatze über des *periculum* ausgehen, sondern lediglich wegen der besondern Natur des unbenannten Realcontracts in Betreff der Klagbarkeit. So weit aber diese besondere Natur nicht wirkt, wendeten auch hier die Römer über *periculum* ganz dieselben Grundsätze an, wie beim Kaufe.

---

38) D. XIX. 5. d. praes. verb. act. l. 13. med.

Diese besondere, von dem des Käufers abweichende Natur des Innominatcontractes, welche hier vor Allem zu beachten ist, geht dahin: durch die bloße Verabredung der Partheien wird die obligatio civilis beim Innominatcontracte nicht perfect. Der Eintritt dieser Obligation hängt durchaus von einem äußeren Factum ab, welches durch nichts ersetzt werden kann, davon, daß eine der Partheien leistet. Dieses Factum ist zur Entstehung der Obligation so nöthig, wie zur Entstehung der Obligation aus dem Kaufe der Consens der Partheien. Hat aber die eine Parthei dieses Factum vorgenommen, so wird nun die Obligation perfect [39], gerade wie beim Kaufe die Kaufs-Obligationen durch Fixirung des quid, quale, quantum mittelst Consenses der Partheien. Der Empfänger ist nun klagbar verpflichtet zur Gegenleistung. Dabei hat aber der Leistende noch das besondere Recht, auf den Fall, daß der Empfänger seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, vom Geschäfte wieder abzugehen, und das Geleistete zurückzufordern.

Wenden wir nun die bisher vertheidigten und in den Quellen ausgesprochenen allgemeinen Principien über das Periculum auf dieses Rechtsverhältniß unter Beachtung seiner besondern Natur an, so ergeben sich folgende Grundsätze:

1) Hat noch kein Contrahent die Sache geleistet, welche er versprach, und dem Einen wie dem Andern geht nun seine Sache zu Grunde, so muß sich das ganze Geschäft zerschlagen, und der Zufall ist rein Schaden dessen, dem die Sache gehörte, d. h. er verliert seine Sache und bekommt nicht die Gegenleistung. Der Contrahent nämlich, dessen Sache zu Grunde ging, kann nun das Factum, durch welches allein der Vertrag perfect und die klagbare Obligatio herbeigeführt werden könnte, nicht mehr vornehmen; er hat also keine Mittel mehr, den Gegner klagbar verbindlich zu machen, und so ergibt sich das Behauptete von selbst. Hier kann man nicht

39) D. XIX. 4 de rer. perm. l. 1. §. 2.

sagen: er werde zwar von seiner Verbindlichkeit frei, weil es ihm durch Zufall unmöglich sey zu leisten; der Andere aber müsse sein Versprechen erfüllen, da ja ihm seine Leistung noch möglich sey. Denn der Andere war ja noch gar nicht klagbar verbunden, zu erfüllen, die ihn hiezu verpflichtende Obligatio wäre erst eingetreten mit dem Empfang der Leistung seines Gegners, und da dieser Empfang nicht mehr möglich ist, so muß sich nun die ganze Obligatio zerschlagen. Es geht hier ganz, wie beim Kaufe im Falle der Note 16.

2) Das Gleiche muß eintreten, wenn zwar der eine Contrahent schon geleistet hat, es sich aber zeigt, daß die Sache, welche der Empfänger hätte geben sollen, schon vor dem Empfange jener Leistung zu Grunde gegangen war. — Dieß erkennen unsere Quellen ausdrücklich an (s. unten noch Note 46.) und es folgt auch ganz aus den allgemeinen Grundsätzen. Es ist nämlich anerkannter Grundsatz, daß, wenn schon vor Eintritt einer Obligation ihr Gegenstand nicht mehr existirte, die Obligation nicht eintreten, und derjenige, welcher, von jenem Untergange des Gegenstandes nicht unterrichtet, leistete, seine Leistung zurückfordern kann. Aus diesem Grunde kann der Käufer den bereits gezahlten Preis zurückfordern, wenn es sich findet, daß die Sache vor dem Abschlusse des Kaufes schon zu Grunde gegangen war (Note 16.), und aus demselben Grunde zerschlägt sich ein bedingter Kauf, wenn vor Eintritt der Bedingung das Kaufobject untergeht. Dieß muß nun auch beim contractus do ut des ganz so seyn, nur daß hier der Zeitpunct ein anderer ist. Bei ihm wird die Obligatio erst mit der Leistung des einen Contrahenten perfect; geht aber die Sache des Andern vor dieser Leistung, wenn auch nach geschlossener Verabredung, zu Grunde, so zerschlägt sich hier der Vertrag, während bei dem Consensualcontract des Kaufes die Perfection in der Regel mit der geschlossenen Verabredung eintritt, und es hier also auf den Untergang vor dieser Verabredung ankommt.

3) Hat der eine Theil geleistet, während bei dem Andern die von diesem als Gegenleistung versprochene Sache noch existirt, so tritt nun die klagbare Obligatio ein, und der Letztere kann auf die Gegenleistung, oder, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, auf Zurückgabe des Empfangenen belangt werden. Wie nun aber, wenn er durch einen jetzt erst eintretenden Zufall nicht erfüllen kann? Auf wessen Gefahr steht hier die untergegangene Sache des Promittenten? Dieß ist nun gerade der Punct, der hier wieder sehr bestritten ist. Viele behaupten, die Sache stehe auf Gefahr des Promittenten, d. h. der Acceptant könne nun seine Leistung wieder zurückfordern. Allerdings muß man auch dieses behaupten, wenn man die Römischen Grundsätze über periculum rei venditae für eine, bei andern Verträgen nicht geltende Singularität hält.

Nach unsern oben angeführten allgemeinen Grundsätzen müßte die Sache des Promittenten auf Gefahr des Acceptanten stehen, d. h. dieser nichts fordern, auch seine Leistung nicht zurückfordern dürfen. — Denn durch den Zufall wird der Promittent von seiner Verbindlichkeit frei, weil impossibilium nulla obligatio, und es gilt hier ganz so, »ac si res tradita fuisset« (Note 13). Gilt aber die Unmöglichkeit der Erfüllung für wirkliche Erfüllung der Verbindlichkeit, so kann der Gegner auch nicht einmal die von ihm geleistete Sache zurückfordern. Er trägt also das periculum obligationis, d. h. er verliert seine Sache ohne Ersatz.

Es ist dieß wieder ganz der gleiche Grundsatz, wie ihn die Quellen über das periculum rei venditae aufstellen. Nur daß — wegen der besondern Natur der Innominatcontracte — die Zeitpuncte verschieden sind, von welchen an das Periculum für den Acceptanten eintritt. Während beim Consensualcontract des Kaufes der Acceptant, der Käufer, in der Regel die Gefahr vom Augenblicke der geschlossenen Uebereinkunft an trägt, trifft beim Realcontract

do ut des dieses Periculum den Acceptanten erst von dem Augenblicke der von ihm geschehenen Leistung an.

Dieses Resultat finden wir auch in den Quellen speciell bestätigt. So wird der eben vertheidigte Grundsatz als eine ganz zweifellose Sache (certum est) ausgesprochen in einem Rescripte von Diocletianus und Maximilianus.

C. IV. b. de condict. ob caus. dator. cst. 10. Pecuniam a te datam, si haec (al. licet) causa, pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, *minime repeti posse certum est.*

Zwar wird der Ausspruch in diesem Rescripte von den Dissentienten durch mannichfache Deutungen wegzuräumen gesucht. Allein daß diese Deutungen sich nicht rechtfertigen lassen, und daß jedenfalls das Rescript unsern Grundsatz als Regel ausspreche, glaube ich an einem andern Orte gezeigt zu haben [40]. Auch geben Manche von denjenigen, welche die Grundsätze über das periculum rei venditae als Singularität behandeln, doch zu, daß die cst. 10. cit. das Zurückforderungsrecht des Acceptanten für die Regel ausschließe [41].

Die Quellen enthalten aber auch eine Anwendung dieser Regel gerade auf unsern Fall, d. h. auf den Innominatcontract do ut des. Paulus sagt [42]: wenn ich Jemanden einige Becher gebe dafür, daß er mir seinen Sclaven Stichus leihe: so trage ich die Gefahr des Sclaven.

Freilich ist auch die Auslegung dieser Stelle sehr bestritten [43]; namentlich behaupten Viele [44], der Ausspruch von

40) Doctrina de condict. causa data etc. p. 75. seq.

41) J. B. Mühlenbruch doctr. pand. ed. 3. §. 382 not. 12.

42) Quaest. lib. 5. D. XIX. 5. de praesc. verb. act. l. 5. §. 1.

43) Ueberhaupt sind die Ansichten über das Periculum bei den Innominatcontracten höchst verschieden. Eine Anführung dieser Ansichten und Beurtheilung derselben s. in meiner angeführten Doctrina p. 45 – 83.

44) s. die oben p. 104. Note 12 Angeführten.

Paulus sey blos von der praescriptis verbis actio zu verstehen, so daß also Paulus blos die Klage auf Ersatz oder auf's Interesse abspreche, keineswegs aber das Zurückforderungsrecht des von mir Geleisteten. Mein Periculum bestehe also hier blos darin, daß ich mein Recht auf Gegenleistung verliere, die geleistete Sache könne ich aber wohl zurückfordern. — Allein es wurde schon oben S. 102—115, und besonders S. 104 f. zu zeigen versucht, daß diese Auslegung ganz unmöglich ist, und daß nach den vielen klaren Stellen, welche den Ausdruck res meo periculo est und ähnliche gebrauchen, die Worte: »periculo meo Stichus erit« unmöglich etwas Anderes bedeuten können, als: ich verliere meinen Anspruch auf Stichus ohne Ersatz, d. h. ich bekomme nichts, und kann meine Leistung nicht zurückfordern. Selbst aber auch abgesehen von dem Römischen Sprachgebrauche über Periculum, so führt schon der ganze Contert der Stelle nothwendig auf diese Auslegung. Paulus sagt: wenn ich rem do, ut accipiam, so entstehe eine »civilis obligatio in qua »actione id veniet, non ut reddas, quod acceperis, sed ut »damneris mihi, quanti interest mea, illud, de quo conve»nit, accipere, *vel si meum recipere velim, repetatur, quod »datum est,* quasi ob rem datum, re non secuta.« Und nun, nachdem er gerade davon gesprochen hat, daß die Klage auf's Interesse oder auf Zurückgabe des Geleisteten gehe, fügt er unmittelbar als Gegensatz bei: *Sed si* scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, *periculo meo Stichus erit*, ac tu duntaxat culpam praestare debes. Hier ist es doch nicht möglich, den Gegensatz, das sed si, blos auf das entfernter Stehende, auf die Klage auf's Interesse zu beziehen, und ihn in Betreff des unmittelbar Vorangegangenen auszuschließen. Vielmehr muß er auf den ganzen vorangegangenen Satz, und jedenfalls auf das unmittelbar vor ihm Stehende sich beziehen, und so kann das periculo meo Stichus erit nichts Anderes bedeuten, als: ich kann weder

auf's Interesse, noch auf Zurückgabe meiner Leistung klagen, ich verliere meine Leistung ohne allen Ersatz [45]).

Freilich meinen die Gegner, dieser Entscheidung stehe die l. ult. D. XII. 4. de condict. causa d. entgegen, in welcher Celsus von dem Vertrage »dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares.« sage: si mortuus est Stichus, *repetere possum*, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares.«

Allein auf keinen Fall wird man diese Stelle, welche allerdings von Manchen für eine wahre crux angesehen wurde [46]), zum Umstoßen der l. 5. cit. benutzen können, da, wie gezeigt worden seyn dürfte, eine andere Auslegung der l. c. cit., als die vorhin gegebene, nicht wohl möglich ist. Wir hätten dann hier blos zwei sich direct widersprechende Stellen.

Es ist aber noch sehr zu bezweifeln, daß die l. ult. cit. der Entscheidung von Paulus wirklich widerspricht. Denn »si *mortuus est* Stichus« heißt nicht: „wenn Stichus sterben wird," sondern „wenn Stichus schon gestorben ist." Celsus vergleicht nämlich in der l. ult. den contractus do ut des mit dem Kaufe, besonders in den Fällen, wenn schon vor der Perfection des Vertrags der Vertragsgegenstand Fehler hatte, und so geht er den Fall der rechtlichen Fehler (der Evictionsmöglichkeit), und den Fall der physischen Nichtexistenz der versprochenen Sache durch, und deutet für den letzteren Fall an: der Unterschied zwischen dem contractus do ut des und dem Kaufe liege hier in dem Umstande, daß jener Contract erst mit dem dare perfect werde, und daß daher bei ihm ein Zurückforderungsrecht eintrete, wenn zur Zeit dieses dare die Sache des Gegners nicht mehr existire, während beim Kaufe es hiebei nicht auf den Zeitpunct der Lei-

---

45) s. auch Corasius Miscellan. jur. civ. Lib. II. cap. 9. Voet Comm. ad Pand. L. XII. T. 4. §. 5.

46) Ueber die verschiedenen Auslegungen dieser Stelle s. meine angeführte doctrina etc. p. 58. seqq.

stung, sondern auf den der geschlossenen Verabredung ankommt (s. vorhin Nro. 1.). So spricht daher Celsus von einem ganz andern Falle als Paulus [47].

So sehen wir, daß die Römer auch beim Innominatcontracte do ut des das beim periculum rei venditae befolgte Princip durchaus anwenden, so weit die besondere Natur jenes Contracts es zuläßt. Es trägt auch hier der Acceptant das Periculum von der durch das *dare* herbeigeführten Perfection des Vertrages an, wie beim Kaufe von der durch den Consens bewirkten Perfection an.

Von besonderer Wichtigkeit ist dieß für unsere deutschrechtlichen Verhältnisse. Wenn nämlich bei uns, wie allgemein zugestanden wird, die Innominatcontracte nicht erst durch die Leistung, sondern, wie der Kauf, schon durch den Consens perfect werden, so fällt nun bei uns der Umstand weg, welcher allein in der vorliegenden Lehre eine kleine Verschiedenheit zwischen den Innominatcontracten und dem Kaufe erzeugte, und so muß daher nach demselben Rechte in Betreff des Periculums bei den Innominatcontracten es durchaus so gehalten werden, wie beim Kaufe.

Selbst Manche von denen, welche die Römischen Grundsätze über periculum rei venditae als Singularität behandeln wollen, geben doch zu, daß bei Innominatcontracten der Acceptant das, was er geleistet hat, nicht zurückfordern dürfe, sollte ihm auch der Promittent wegen Zufalles nicht leisten können [48]. Allein, wenn man dieß zugibt, so ist nicht einzusehen, wie die Grundsätze über periculum rei venditae eine

47) s. auch m. Doctrina l. c. p. 62. seq. Ich übergehe hier diejenigen Stellen, welche von dem Innominatcontract do ut facias sprechen, da sie zu unserer Frage nicht gehören. Indessen widersprechen sie nicht unserm Princip, vielmehr erkennen auch sie es an. s. z. B. D. XII. 4. de condict. c. d. l. 3. §. 3. 4. l. 5. pr.

48) Z. B. unter den Aeltern Noodt probabil. jur. IV. 5. Voet Comm. ad pand. XII. 4. §. 5. — unter den Neuern Thibaut Pand. §. 175. Not. p.

isolirt stehende Singularität seyn sollen. Denn jene Bestimmung kann nur auf das Princip sich gründen, auf welches der Römische Grundsatz über periculum rei venditae sich stützt[49].

Eine andere Frage bei den Innominatcontracten ist der Einfluß des Reurechts. Indessen glaube ich hier um so mehr diese Frage umgehen zu können, als wir beim contractus do ut des nirgends ein Reurecht ausgesprochen finden. Nur in zwei Fällen des contractus do ut facias wird ein solches Reurecht erwähnt (D. XII. 4. de condict. c. d. l. 3. §. 3. l. 5.), und hier ließe sich allerdings darüber streiten, ob nicht derjenige, welcher geleistet hat, wenigstens ex capite *poenitentiae* seine Leistung condiciren könne, sobald dem Gegner durch Zufall die Gegenleistung nur möglich würde. Die Römischen

---

49) Bei Thibaut l. c. scheint auch das, was derselbe unter b. A—C. (bei Note b—k) sagt, sich nicht in Einklang bringen zu lassen mit dem Grundsatze, den er vorher bei Note x. und a. aussprach. Es soll nämlich nach Thibauts Aeusserung bei Note x. und a. bei Verträgen auf ein Geben der Acceptant, wenn er noch nicht geleistet hat, seine Leistung nicht oder nicht ganz zu zahlen brauchen, so bald der Gegner wegen Zufalls nicht oder nicht ungemindert leisten kann (außer beim Kaufe). Nach den Noten c. e. f. i. k. würde aber der Acceptant bei einem contractus ad pondus, numerum, mensuram oder gustum nach dem Ponderiren, Numeriren ꝛc. das periculum interitus und deteriorationis und bei einem bedingten Vertrage das periculum deteriorationis in der Art zu tragen haben, daß er auf seine volle Leistung belangt werden könnte (s. auch oben S. 101). Dieß wird sich aber mit dem Princip, von welchem Thibaut ausgeht, nicht vereinigen lassen. Denn nach diesem hätte auch hier der Acceptant, nicht nur dann, wenn die Sache vor dem Ponderiren ꝛc., sondern auch wenn sie nach dem Ponderiren ꝛc. untergeht, nichts zu zahlen (d. h. die Gefahr nicht nur ante, sondern auch post perfectum contractum nicht zu tragen). Blos beim Kaufe könnte Thibaut die bei Note c. e.—k. gemachten Distinctionen machen, wie sie auch wirklich von Andern, welche dem gleichen Princip folgen, blos beim Kaufe gemacht werden.

Classiker selbst scheinen nicht ganz einig in diesem Puncte gewesen zu seyn. Namentlich scheint Proculus hier ganz streng an den Grundsatz gehalten zu haben, daß, da der Leistende nur so lange das Reurecht habe, bis der Gegner seine Verbindlichkeit erfüllt, der Casus aber der Erfüllung gleich stehe, und den Gegner von seiner Verbindlichkeit liberire, der Gegner sich darauf beziehen könne, er sey so zu behandeln, als ob er erfüllt habe. Deßhalb verweigerte Proculus, wie es scheint, nicht nur die Zurückforderungsklage ex capite poenitentiae, wenn dem Gegner die Leistung des Factums unmöglich würde, sondern er gab dem Gegner sogar eine Klage auf Zahlung des ihm Versprochenen, falls er es noch nicht erhalten hatte, und läßt den hindernden Zufall ganz so wie die wirkliche Erfüllung wirken [50]). Allein der mildernde Ulpian beschränkt diesen Grundsatz in Etwas, und läßt die Zurückforderung des Gegebenen zu, wenn und soweit in dem geschlossenen Vertrage nicht die geringste Veranlassung lag, daß der Zufall dem Promittenten schaden könnte. Lag aber im Vertrage eine solche Veranlassung, so trifft auch nach Ulpians Ansicht der Zufall hier nicht den dominus, sondern lediglich den Acceptanten [51]).

IX.

Es gibt auch noch andere obligatorische Verhältnisse, bei welchen wir in den Quellen eine Bestätigung unserer Prin-

---

50) D. XII. 4. de condict. causa d. e. l. 3. §. 3. 4. die Entscheidung in §. 4. cit. macht allerdings in andern Beziehungen manche Schwierigkeiten, und deßhalb wird der §. sehr verschieden ausgelegt. Das „defuncto quoque eo" aber auf einen Tod der Sclaven nach der Manumission beziehen, wie es Oosterga disp. ad pand. ad h. l. will, hingegen spricht schon der ganze Gesichtspunkt, von welchem bei der Frage ausgegangen wird, und der Zusammenhang der Stelle. Auch wäre dann die Bemerkung im §. 4. doch eine gar zu müssige. Dieser Auslegung widersprechen auch ganz die Basiliken (T. III. p. 495. Ed. Fabrot.).

51) D. l. c. l. 5., besonders §. 3. 4.

cipien und namentlich ein Verwerfen des casum sentit dominus finden dürften. Dieß ist z. B. der Fall bei der actio redhibitoria. Wenn die Sache, welche ich gekauft habe, geheime physische Fehler hatte, so trägt hier in Betreff des wegen dieser Fehler nun entstehenden Rechtsverhältnisses der Verkäufer die Gefahr der Sache, mag ich auch durch Uebergabe der Sache und Zahlung des Preises schon dominus geworden seyn. Geht nämlich die Sache durch Zufall bei mir unter, so verliere ich nicht meinen Anspruch, wie es seyn müßte, wenn man hier ein casum sentit dominus entscheiden lassen wollte. Vielmehr kann ich immerhin noch redhibitorisch klagen, und bekomme meinen Preis zurück, während ich nichts zu leisten brauche [52]). Dieß folgt wieder ganz aus unserm Princip. Ich bin verpflichtet, die empfangene Species zurückzugeben. Da sie aber durch Zufall vernichtet ist, so leiste ich nichts, weil impossibilium nulla obligatio. Mein Gegner ist verbunden, mir den empfangenen Werth zu geben, und da er ihn noch geben kann, und ich für die durch den Zufall eingetretene Unmöglichkeit meiner Leistung nicht einzustehen habe, weil casus a nemine praestantur: so muß er mir ihn zahlen, wiewohl er nichts bekommt.

Diese Principien müssen wir auch bei eigentlichen Restitutionen anwenden. Der durch reinen Zufall erlittene Verlust begründet freilich keine Restitution, nicht, weil casum sentit dominus [53]), sondern weil hier von einer Verletzung durch das Rechtsgeschäft nicht die Rede ist, und casus a nemine praestantur [54]). Hat man aber durch ein verletzendes Geschäft

52) D. XXI. 1. de aed. ed. l. 38. §. 3. l. 47. §. 1. l. 48. pr.

53) Dieser Grund war schon widerlegt durch D. IV. 4. de minorib. l. 11. §. 4., nach welcher Stelle ein minor, welcher sich eine res necessaria kaufte, wegen Unterganges der Sache nicht Restitution verlangen kann, ohne daß die Stelle unterscheidet, ob der Minor schon Eigenthümer geworden ist oder nicht.

54) Nur scheinbar ist die Ausnahme in D. l. c. l. 11 §. 5. f. Burchardi die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, Göttingen 1831. S. 111.

das Recht auf Restitution erhalten, so kann uns ein Casus, der sich in der Sache ereignete, die wir erhielten oder erhalten sollten, dieses Recht nicht wieder nehmen. Bin ich daher z. B. zu Eingehung eines Kaufes und Zahlung des Preises gezwungen worden, so kann ich, wenn auch die gekaufte Sache untergeht, dennoch Restitution und Zurückgabe des Preises verlangen, gleichviel, ob mir die Sache schon tradirt war, oder nicht. Meine Läsion liegt hier in dem widerrechtlichen Zwange, der mich wider Willen zu einem Geschäfte nöthigte. Hierdurch erhalte ich das Recht, Aufhebung des Geschehenen und Zurückgabe meines Preises zu verlangen. Dieß kann der Gegner leisten. Ich muß ihm dagegen die empfangene Species wieder geben. Kann ich dieß nicht, so — impossibilium nulla obligatio, und wie bei der redhibitoria actio, werde ich nun von meiner Verbindlichkeit frei, ohne daß dadurch mein Gegner von der Seinigen befreit würde [55]. Unsere Quellen machen daher auch nirgends die eigentliche Restitution wegen Zwanges, und eben so wenig die actio quod metus causa von der Möglichkeit der Zurückgabe der empfangenen Sache abhängig.

X.

Die neue Reform des Advocatenstandes im Königreiche Hannover.

Von Herrn Oberappellationsrathe Dr. Spangenberg in Celle.

So wie in andern deutschen Ländern des gemeinen Rechts, war es auch bis auf die neuere Zeit im Königreiche Hannover,

---

55) A. M. scheint wegen des casus sentit dominus zum Theile zu seyn Burchardi in der angeführten interessanten Schrift über Restitution S. 112—114. Vergl. aber auch denselben S. 560. 3. 4. 5.